

Tilburg University

Het arrest Briels

Fleurke, Floor

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

Publication date:
2014

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Fleurke, F. (2014). Het arrest Briels: Begrippen mitigatie en compensatie Habitatrichtlijn nader verklaard. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 8(8), 275-280.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het arrest Briels: begrippen mitigatie en compensatie Habitatrichtlijn nader verklaard

Dr. mr. F. Fleurke*

Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak *Briels e.a.* gebogen over een prejudiciële vraag in het kader van een procedure aangaande het tracébesluit Rijksweg A2. Deze wegverbreding heeft negatieve gevolgen voor het bestaande beschermde areaal blauwgraslanden. Het tracébesluit voorziet echter in een mitigatieplan, omvattende de aanleg van een groter areaal blauwgraslanden van hogere kwaliteit dan het bestaande. De kern van het arrest gaat over de vraag of de in het tracébesluit voorgestelde beschermingsmaatregelen de schadelijke gevolgen mitigeren of dat deze maatregelen moeten worden aangemerkt als compenserende maatregelen als bedoeld in artikel 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn.

In deze bijdrage worden de antwoorden van het Hof van Justitie besproken in het licht van eerdere rechtspraak over de beschermingsverplichtingen die artikel 6 lid 3 en 4 van de Habitatrichtlijn met zich meebrengen. In het bijzonder wordt daarbij ingegaan op de rol die het voorzorgbeginsel vervult bij de interpretatie van dit artikel en de betekenis van het begrip compensatie. De bijdrage sluit af met een korte bespreking van de opmerkelijke vervolgstappen die Nederland als reactie op het arrest heeft genomen.

Hof EU 15 mei 2014, zaak C-521/12, T.C. Briels e.a. / Minister van Infrastructuur & Milieu, ECLI:EU:C:2014:330

Feitelijk en juridisch kader

In het geding is de aanleg van de A2 tussen 's-Hertogenbosch en Eindhoven door onder meer een speciale beschermingszone van een Natura 2000-gebied. Briels en 27 andere appellanten hebben beroep ingesteld bij de Raad van State tegen het besluit van de minister van Infrastructuur en Milieu strekkende tot verbreding van Rijksweg A2, gewijzigd bij aanvullend besluit van

25 januari 2012. Volgens hen kon de minister het tracéproject Rijksweg A2 niet vaststellen, gelet op de negatieve gevolgen van de verbreding van de snelweg A2 voor het betrokken Natura 2000-gebied.

Alvorens in te gaan op de gestelde rechtsvragen is het nuttig een korte schets te geven van de juridische context. De doelstelling van Habitatrichtlijn is bij te dragen aan het waarborgen van de biologische diversiteit door het instandhouden van een netwerk ('Natura 2000') van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied van de lidstaten; het is daarmee samen met de Vogelrichtlijn Europa's belangrijkste instrument om de biodiversiteit te beschermen.¹ De richtlijn bepaalt dat alle maatregelen genomen door lidstaten de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een 'gunstige staat van instandhouding' dienen te behouden of te herstellen.²

De richtlijn geeft vrij precies aan wanneer de 'staat van instandhouding' van een natuurlijke habitat als 'gunstig' wordt beschouwd.³ Dit is onder andere het geval wanneer 'het natuurlijke verspreidingsgebied van de habitat en de oppervlakte van die habitat binnen dat gebied stabiel zijn of toenemen' of als de 'specifieke structuur en functies' bestaan voor behoud op lange termijn. De verplichtingen uit de richtlijn om een gunstige staat van instandhouding in stand te houden of te bereiken gaan werken als een gebied is aangewezen als speciale beschermingszone (SBZ) door middel van een aanwijzingsprocedure waar zowel de lidstaten als de Commissie een rol spelen.⁴

Voor SBZ-gebieden moeten passende instandhoudingsmaatregelen worden getroffen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor

* Dr. mr. F.M. (Floor) Fleurke is als universitair docent Europees milieurecht verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

1. Art. 2 lid 1 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en wilde flora en fauna ('Habitatrichtlijn').

2. Art. 1 en 2 Habitatrichtlijn.

3. Art. 1 onder e Habitatrichtlijn.

4. Art. 4 lid 4 en 5 Habitatrichtlijn.

zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn, een significant effect zouden kunnen hebben.⁵ De integriteit van het gebied als natuurlijke habitat blijft dan behouden. De zaken op hun beloop laten behoort niet tot de opties.⁶

Lid 3 van artikel 6 bepaalt vervolgens dat voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, en significante gevolgen kan hebben voor het gebied, een passende beoordeling gemaakt dient te worden van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied.⁷ Toestemming geven voor dat plan of project kan alleen nadat – gelet op de conclusies van de beoordeling – zekerheid is verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.⁸ Van belang is dat leden 2 en 3 van artikel 6 natuurlijke habitats en soorten hetzelfde beschermingsniveau bieden.⁹

Artikel 6 lid 4 biedt een uitweg om een plan of project doorgang te laten vinden ondanks de negatieve conclusies uit de verrichte beoordeling. Bij gebrek aan alternatieve oplossingen – en als er dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard in het geding zijn – kan een plan of project toch gerealiseerd worden, maar de lidstaat moet dan wel alle nodige compenserende maatregelen nemen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.¹⁰ Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritair soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel – na advies van de Commissie – andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.¹¹

Het besluit tot de verbreding van de Rijksweg A2-snelweg heeft negatieve gevolgen voor het Natura 2000-gebied 'Vlijmens Ven, Moerputten en Bossche Broek'. Dit gebied is door Nederland als een speciale beschermingszone aangewezen voor onder meer het habitatype 'blauwgraslanden', dat geen prioritair habitatype is.¹² Bij besluit van 25 januari 2012 tot wijziging van het tracéproject Rijksweg A2 heeft de minister vervolgens een aantal maatregelen vastgesteld om de impact van dit project op het milieu te verminderen. Concreet betekent

dit verbetering van de hydrologische situatie in de zone 'Vlijmens Ven', waardoor de blauwgraslanden binnen dit gebied kunnen worden uitgebreid. Volgens de minister kan op die manier de omvang en de kwaliteit van de blauwgraslanden worden verhoogd ten opzichte van het bestaande areaal. Aan de instandhoudingsdoelstellingen voor dit type habitat wordt volgens de minister hierdoor voldaan doordat nieuwe blauwgraslanden worden aangelegd.

Appellanten betogen daarentegen dat de ontwikkeling van nieuwe blauwgraslanden in dit gebied losstaat van de vraag of de natuurlijke kenmerken van dit gebied worden aangetast, en daarom niet als een 'mitigerende maatregel' kan worden aangemerkt.

Aangezien de tekst van de Habitatrichtlijn noch de rechtspraak van het Hof van Justitie uitsluitend geeft over deze vraag heeft de Raad van State de zaak geschorst voor een prejudiciële beslissing. De twee gestelde vragen laten zich als volgt samenvatten.¹³

Is in het geval dat het bestaande areaal van een beschermd habitatype in een Natura 2000-gebied negatieve gevolgen ondervindt van een project, maar de uitvoering van het project is gekoppeld aan de ontwikkeling van een areaal van gelijke of grotere omvang van dat habitatype elders in het betrokken gebied, sprake van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied zelf in de zin van artikel 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn? Indien dit het geval is, moet het ontwikkelen van het nieuwe areaal in dat geval worden aangemerkt als een compenserende maatregel als bedoeld in artikel 6 lid 4 van de richtlijn?

Beoordeling door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie begint direct met een verwijzing naar het recente arrest *Sweetman* waar het eveneens draaide om de aanleg van een autoweg met negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied.¹⁴ Het herhaalt dat artikel 6 van de Habitatrichtlijn als een coherent geheel moeten worden uitgelegd.¹⁵ Een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied en dat de instandhoudingsdoelstellingen van dit gebied in gevaar dreigt te brengen, moet worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen voor het betrokken gebied kan hebben. Dit moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en de omstandig-

5. Art. 6 lid 1 en 2 Habitatrichtlijn.

6. Conclusie A-G Sharpston van 22 november 2012 in zaak C-258/11, *Sweetman*, ECLI:EU:C:2012:743, punt 44. Zie voor een uiteenzetting van het regime F.M. Fleurke en A. Trouwborst, 'European Regional Approaches to Transboundary Protection of Biodiversity Resources', in: L. Kotze en T. Maruhn (red.), *Transboundary Governance of Biodiversity* (Legal Aspects of Sustainable Development Series), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2014, p. 128-162.

7. Zie HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02, *Waddenvereniging*, ECLI:EU:C:2004:482, punt 49.

8. *Waddenvereniging*, punt 49.

9. HvJ EU 24 november 2011, zaak C-404/09, *Commissie/ Spanje*, ECLI:EU:C:2011:768, punt 142.

10. HvJ EG 20 september 2007, zaak C-304/05, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:2007:228, punt 81.

11. Art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn.

12. Besluit 6 juni 2011.

13. Zie conclusie A-G Sharpston van 22 november 2012 in zaak C-521/12, *T.C. Briels e.a./ Minister van Infrastructuur & Milieu*, ECLI:EU:C:2014:113, punt 26.

14. Ten tijde van de ontvangst van de verwijzingsbeslissing in de onderhavige zaak was de procedure in de zaak *Sweetman* te ver gevorderd om beide zaken te voegen. De onderhavige zaak is daarom geschorst om belanghebbende partijen de gelegenheid te geven opmerkingen in te dienen naar aanleiding van de uitspraak in de zaak *Sweetman*.

15. HvJ EU 11 april 2013, zaak C-258/11, *Sweetman*, ECLI:EU:C:2013:220, punt 32.

heden van het gebied waarop het plan of project betrekking heeft.¹⁶

Volgens het Hof van Justitie blijkt uit de passende beoordeling dat het tracébesluit significante negatieve gevolgen voor de habitattypen en beschermde soorten in dit gebied zal hebben, met name voor het bestaande areaal en voor de kwaliteit van het beschermde natuurlijke habitatype ‘blauwgraslanden’, wegens de uitdroging en de verzuring van de bodem door stikstofdepositie.¹⁷

Het project dreigt daarmee het duurzame behoud van de wezenlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied in gevaar te brengen en kan daardoor de door artikel 6 lid 3 beschermde natuurlijke kenmerken van het gebied aantasten.¹⁸ Het Hof van Justitie is het niet eens met de Nederlandse regering die stelt dat de in het tracébesluit voorgestelde beschermingsmaatregelen de schadelijke gevolgen mitigeren.¹⁹

Daarbij brengt het Hof van Justitie in herinnering dat in het toestemmingscriterium van artikel 6 lid 3 het voorzorgbeginsel ligt besloten. Dit betekent concreet dat het bevoegde gezag het plan of project moet afwijzen wanneer het nog niet de zekerheid heeft verkregen dat het plan of project geen effecten heeft die de natuurlijke kenmerken van dat gebied zullen aantasten.²⁰ Zo kan volgens het Hof van Justitie ‘op efficiënte wijze’ worden voorkomen dat de natuurlijke kenmerken van de beschermde gebieden worden aangetast als gevolg van plannen of projecten. Met een minder streng toestemmingscriterium zou de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming immers niet even goed kunnen worden gegarandeerd, aldus het Hof van Justitie.²¹

Dit betekent ook dat een uitgevoerde passende beoordeling ‘geen leemten mag vertonen en volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen’.²²

In het licht van deze interpretatie van het voorzorgbeginsel moeten de vastgestelde beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit dit project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen worden beoordeeld; het gaat er dus om met zekerheid vast te stellen dat het betrokken project de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet aantast.²³

Het Hof van Justitie komt zo tot het oordeel dat de beschermingsmaatregelen die in het project worden opgenomen om de schadelijke gevolgen van dit project voor een Natura 2000-gebied te compenseren niet kunnen worden meegenomen in de beoordeling zoals

bedoeld in artikel 6 lid 3.²⁴ Het Hof van Justitie stelt dat:

‘deze maatregelen er niet toe strekken om de significante negatieve gevolgen die voor dit habitatype rechtstreeks uit het tracéproject Rijksweg A2 voortvloeien, te voorkomen of te verminderen, maar beogen deze gevolgen *nadien te compenseren*. In die omstandigheden kunnen die maatregelen niet garanderen dat het project de natuurlijke kenmerken van dit gebied niet zal aantasten in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.’²⁵

Bovendien wijst het Hof van Justitie erop dat de eventuele positieve gevolgen van het achteraf tot ontwikkeling brengen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd – ook al zou het om een groter areaal van een hogere kwaliteit gaan – in de regel onzeker zijn, en dat deze gevolgen hoe dan ook slechts binnen enkele jaren zichtbaar zullen worden.²⁶

Daarnaast beargumenteert het Hof van Justitie dat de nuttige werking van de specifieke procedure van artikel 6 eraan in de weg staat dat compenserende maatregelen als mitigerende maatregelen worden bestempeld.²⁷ Voor compenserende maatregelen bestaat immers de procedure van artikel 6 lid 4. Deze uitzonderingsbepaling kan slechts toepassing vinden nadat de gevolgen van een plan of project overeenkomstig artikel 6 lid 3 zijn onderzocht.²⁸ Het onderzoek van eventuele dwingende redenen van groot openbaar belang en van het bestaan van minder schadelijke alternatieven vereisen immers dat deze belangen worden afgewogen tegen de aantasting van het gebied door het onderzochte plan of project. Om te kunnen bepalen welke compenserende maatregelen eventueel moeten worden genomen, moet eerst nauwkeurig worden vastgesteld om welke aantastingen het precies gaat.²⁹

Het Hof van Justitie concludeert dan ook dat beschermende maatregelen slechts als ‘compenserende maatregelen’ in de zin van lid 4 van dit artikel kunnen worden aangemerkt, voor zover de bij deze bepaling gestelde voorwaarden vervuld zijn.³⁰

Commentaar

Artikel 6 van de Habitatrichtlijn is reeds herhaaldelijk aan de orde geweest bij het Hof van Justitie. In dit arrest bouwt het Hof van Justitie voort op eerdere jurisprudentie; steeds heeft het artikel 6 teleologisch geïnterpre-

16. Sweetman, punt 30.

17. HvJ EU 15 mei 2014, zaak C-521/12, *Briels*, ECLI:EU:C:2014:330, punt 23.

18. *Briels*, punt 24.

19. *Briels*, punt 25.

20. *Briels*, punt 26.

21. *Briels*, punt 26; *Waddenvereniging*, punt 57 en 58; en *Sweetman*, punt 41.

22. *Briels*, punt 27 en *Sweetman*, punt 44.

23. *Briels*, punt 28.

24. *Briels*, punt 29.

25. *Briels*, punt 31.

26. *Briels*, punt 32.

27. *Briels*, punt 33.

28. *Briels*, punt 35; HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-239/04, *Commissie/Portugal*, EU:C:2006:665, punt 35; *Sweetman*, punt 35.

29. *Briels*, punt 36; *Commissie/ Spanje*, punt 109.

30. *Briels*, punt 39.

teerd en ook in dit arrest vormt het nuttig effect van de doelstelling van de richtlijn het uitgangspunt.

Nieuw aan dit arrest is dat eerdere jurisprudentie grotendeels betrekking had op situaties waarin geen passende beoordeling in de zin van artikel 6 lid 3 had plaatsgevonden en het steeds de vraag was of een dergelijke beoordeling nodig was.³¹ Hier heeft – net als in het recente *Sweetman*-arrest – echter wel een passende beoordeling plaatsgevonden, en waren de conclusies uit de twee natuurtoetsen op zichzelf kraakhelder. In de eerste ‘natuurtoets A’ werd geconcludeerd dat als gevolg van stikstofdepositie significante negatieve gevolgen voor de habitattypen en beschermde soorten in dit gebied niet zijn uit te sluiten en in zoverre een passende beoordeling noodzakelijk is.³² Uit een tweede ‘natuurtoets B’ bleek dat het tracéproject Rijksweg A2 negatieve gevolgen heeft voor het bestaande areaal van het habitatype ‘blauwgraslanden’. In de zone ‘Moerputten’ zou namelijk 6,7 hectare blauwgraslanden worden getroffen door uitdroging en verzuring van de bodem. Bovendien geeft dit rapport aan dat niet is uit te sluiten dat de blauwgraslanden ook in de zone ‘Bossche Broek’ negatieve gevolgen ondervinden, door de toename van de stikstofdepositie vanwege de betrokken wegverbreding. Het tracéproject Rijksweg A2 heeft eveneens een tijdelijke toename van stikstofdepositie in de zone ‘Vlijmens Ven’ tot gevolg, die echter geen belemmering voor de uitbreiding van de blauwgraslanden in die zone vormt. Uit die natuurtoets blijkt dat voor de instandhouding en de duurzame ontwikkeling van de blauwgraslanden het hydrologische systeem dient te worden hersteld.³³

Hier ging het er veeleer om de vraag of de beschermende maatregelen die werden gekoppeld aan de conclusies van de passende beoordeling konden fungeren als mitigerende maatregelen binnen het kader van artikel 6 lid 3 en of zodoende wel toestemming voor het project kan worden verleend.

Voorzorgbeginsel

Het Hof van Justitie stelt het voorzorgbeginsel centraal bij de interpretatie van artikel 6 lid 3. Kort gezegd houdt het beginsel in dat bij risico's voor serieuze of onomkeerbare schade wetenschappelijke onzekerheid er niet aan in de weg staat om kosteneffectieve maatregelen te nemen.³⁴ Als zodanig geeft het beginsel het bevoegde gezag een bevoegdheid op te treden die het – vanwege de wetenschappelijke onzekerheid – zonder voorzorg niet had gehad. De keerzijde hiervan is dat voorzorg het bevoegde gezag evenzeer kan beperken in de uitoefening van zijn gezag; artikel 6 lid 3 is daarvan binnen het Europese milieurecht het sterkste voorbeeld.

Volgens het Hof van Justitie verplicht artikel 6 lid 3 het bevoegde gezag twee keer het voorzorgbeginsel toe te passen. Allereerst moet de vraag of er een passende beoordeling gemaakt dient te worden, geïnterpreteerd worden in het licht van het voorzorgbeginsel. De bepaling stelt immers dat een passende beoordeling gemaakt dient te worden voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar wel significante gevolgen *kan* hebben voor zo'n gebied. In het *Waddenvereniging*-arrest heeft het Hof van Justitie al vastgesteld dat de *mogelijkheid* van significante gevolgen voor het gebied genoeg is om een verplichting tot een passende beoordeling op te leggen. Een significant effect hoeft niet te worden aangetoond; het volstaat dat zo een effect mogelijk is.³⁵ Hoewel het begrip ‘significantie’ een drempel opwerpt, leidt deze strikte interpretatie van de beoordelingsplicht in de praktijk doorgaans tot het maken van een passende beoordeling van het plan of project voor de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied.

Wetenschappelijke (ecologische) kennis krijgt zodoende een hoofdrol in de beoordeling van het plan of project. Om die reden heeft het Hof van Justitie ook benadrukt dat de beoordeling ‘geen leemten’ mag vertonen en ‘volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies’ moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen.³⁶ Dit impliceert dat bij het opstellen van de passende beoordeling zelf het voorzorgbeginsel in acht moeten worden genomen; dat wil zeggen dat ten minste wetenschappelijke onzekerheden in kaart gebracht moeten worden, cumulatieve en langetermijneffecten moeten worden meegewogen, enzovoort. Zodoende kan in een vroeg stadium gekeken worden naar minder riskante alternatieven. Gezien het belang van de kwaliteit van de passende beoordeling voor het verdere verloop van de procedure zou het raadzaam zijn deze beoordeling – die wordt uitgevoerd in opdracht van de initiatiefnemer van het plan of project – te onderwerpen aan *peer review*; thans bestaat er niet zo een verplichting of gewoonte.

De tweede verplichting om het voorzorgbeginsel toe te passen is expliciet aanwezig in het toestemmingscriterium van artikel 6 lid 3: het bevoegde gezag mag slechts toestemming geven voor een plan of project in het beschermde gebied *wanneer het de zekerheid heeft verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet zal aantasten*. Dit is het geval wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat over het feit dat dergelijke gevolgen ontbreken.³⁷ Dit is een strikte voorzorgbenadering; twijfel over aantasting is genoeg om het plan of project te weigeren. In dit arrest past het Hof van Justitie deze benadering ook toe op

31. Conclusie A-G Sharpston van 22 november 2012 in *Sweetman*, punt 35.

32. Zie voor resultaten passende beoordeling, *Briels*, punt 26.

33. *Briels*, punt 12.

34. Het voorzorgbeginsel is opgenomen in art. 191 lid 2 VWEU. Zie over de toepassing van het voorzorgbeginsel in de EU: F.M. Fleurke, *Unpacking Precaution: a study on the application of the precautionary principle in the EU* (Edward Elgar, te verschijnen najaar 2014).

35. Zaak *Waddenvereniging*; conclusie A-G Sharpston van 22 november 2012 in *Sweetman*, punt 44.

36. *Briels*, punt 27; *Sweetman*, punt 44. In *Waddenvereniging* spreekt het Hof van Justitie over ‘de beste wetenschappelijke kennis’, punt 54.

37. *Waddenvereniging*, punt 56-59.

gepland succes voor geplande nieuwe gebieden van de te ontwikkelen habitats.³⁸

Compensatie of mitigatie?

De kern van het arrest gaat over de vraag of de in het tracébesluit voorgestelde beschermingsmaatregelen de schadelijke gevolgen mitigeren of dat deze maatregelen moeten worden aangemerkt als compenserende maatregelen als bedoeld in artikel 6 lid 4 van de richtlijn. Dit verschil is vooral van belang omdat de procedure en de voorwaarden van artikel 6 lid 4 aanzienlijk zwaarder zijn.

De begrippen compenserende maatregel en mitigerende maatregel komen niet voor in de richtlijn, maar vallen zoals advocaat-generaal Sharpston eveneens opmerkt wel degelijk in de systematiek van artikel 6.³⁹ Milieudeskundigen hanteren bij het vaststellen van de gevolgen van een activiteit voor het milieu een zogenoemde mitigatieladder, waarvan de drie belangrijkste zijn: vermijden, mitigeren, compenseren.⁴⁰ Dit komt geheel overeen met de drie verschillende fasen die in artikel 6 zijn te lezen, waarbij de compensatie uit artikel 6 lid 4 moet worden gezien als een laatste redmiddel wanneer de andere beschermingsmaatregelen waarin de richtlijn voorziet geen uitkomst bieden en wanneer het besluit wordt genomen om een project of plan ondanks ongunstige gevolgen toch uit te voeren.⁴¹

Volgens de minister zou bij de beoordeling van artikel 6 lid 3 betekenis moeten toekomen aan het feit dat in hetzelfde gebied een areaal van gelijke of grotere omvang van dat habitatype tot ontwikkeling zal worden gebracht op een locatie waar dit habitatype geen negatieve gevolgen van het project zal ondervinden. Het Hof van Justitie is hier duidelijk over: dit beschermingsplan doet niet af aan de aantasting van een beschermd habitatype in een Natura 2000-gebied door de wegverbreding en is derhalve aan te merken als compensatie, en niet als mitigatie. Advocaat-generaal Sharpston merkt in dit verband op:

‘Het feit dat nieuwe habitats elders in hetzelfde gebied kunnen worden aangelegd is mijns inziens in dit verband irrelevant, zelfs indien een positief netto-effect wordt voorspeld. Er is ook dan sprake van een negatief – mogelijk zelfs onherstelbaar – effect op de bestaande natuurlijke habitat, en derhalve op de natuurlijke kenmerken van het gebied. De nieuwe habitat wordt tot op zekere hoogte kunstmatig aangelegd en kan lange, mogelijk zeer lange tijd, geen echte natuurlijke habitat worden.’⁴²

Alleen maatregelen die onderdeel zijn van een plan of project en de gevolgen ervan daadwerkelijk zodanig beperken dat er geen significante gevolgen optreden, kunnen in aanmerking genomen bij de beoordeling overeenkomstig artikel 6 lid 3. Een mitigerende maatregel is derhalve per definitie onlosmakelijk verbonden met hetzelfde gebied en hetzelfde habitatype. Een compenserende maatregel is daarentegen een maatregel die buiten het kader van het plan of project zelf valt, en de negatieve gevolgen van het project impact-neutraal maakt binnen het bredere netwerk. Doelstelling is te garanderen dat de in de richtlijn opgenomen habitats en soorten in een gunstige staat van instandhouding blijven. In die zin kunnen compenserende maatregelen door middel van allerlei meer en minder natuurlijke ingrepen tot stand komen.

Zoals het Hof van Justitie ook aangeeft, sluit het feit dat het te ontwikkelen areaal niet kan worden meegenomen in de procedure van artikel 6 lid 3 niet uit dat het tracébesluit alsnog kan worden goedgekeurd op grond van de procedure in artikel 6 lid 4 waar immers specifiek rekening wordt gehouden met compenserende maatregelen.⁴³ De verbreding van de Rijksweg A2 zal hoogstwaarschijnlijk worden beschouwd als ‘dwingende reden van groot openbaar belang’.

Het compenseren van habitatverlies roept fundamenteel andere vragen op dan het mitigeren van habitatverlies. Gedacht kan worden aan vragen over de vergelijkbaarheid van (natuur)waarden, flexibiliteit, monitoring en handhaving. Compensatie – zeker omdat niet vereist is dat compenserende maatregelen binnen het aangetaste gebied worden getroffen – draagt ook het risico met zich mee te leiden tot de verspreiding van postzegelgebieden.⁴⁴

De voorwaarden uit artikel 6 lid 4 zijn dan ook bewust streng, maar de praktijk wijst uit dat de soep niet zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend.⁴⁵ Ten eerste hoeft alleen advies te worden gevraagd aan de Commissie wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is. Ten tweede blijkt uit de adviespraktijk van de Commissie dat deze ronduit soepel is: van de in totaal vijftien à twintig ontvangen verzoeken om advies sinds de inwerkingtreding van artikel 6 lid 4 is slechts op één negatief gereageerd.⁴⁶ De adviezen zijn voornamelijk een papieren exercitie achter gesloten deuren, hetgeen ook tot uitdrukking komt in het standpunt van de Commissie over haar rol in deze procedure. In het Guidance Document over artikel 6 lid 4 stelt zij dat het niet haar taak is om compenserende maatregelen voor te stellen of om deze wetenschappelijk te valideren.⁴⁷ Krämer meent zelfs dat de adviezen tot doel hebben groen licht te ver-

38. *Briels*, punt 31. Zie ook conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 42.

39. *Idem*, punt 32.

40. *Idem*, punt 30. Sharpston heeft dit overgenomen uit *Biodiversity Offsetting Pilots 1 – Guidance for developers* (maart 2012), uitgegeven door het United Kingdom Department for Environment, Food and Rural Affairs (Brits ministerie van Milieu, Voedsel en Landbouw), punt 16.

41. European Commission, Guidance Document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC, Clarification of the Concepts of: Alternative Solutions, Imperative Reasons of Overriding Public Interest, Compensatory Measures, Overall Coherence, Opinion of the Commission (2007) 1.8.3.

42. Conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 44.

43. *Briels*, punt 39.

44. D. McGillivray, ‘Compensating Biodiversity Loss: The EU Commission’s Approach to Compensation under Article 6 of the Habitats Directive’, *Journal of Environmental Law* 2012, 24, p. 426.

45. Conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 66.

46. McGillivray 2012.

47. Commission, Guidance Document on Article 6(4) punt 1.7.

lenen aan projecten.⁴⁸ De onderliggende argumentatie – vooral voor wat betreft het onderzoeken van alternatieven en de dwingende redenen van groot openbaar belang – zou volgens hem de rechterlijke toets door het Hof van Justitie niet doorstaan.⁴⁹

Gezien deze praktijk is het is dan ook niet helemaal te verklaren waarom Nederland het pad van artikel 6 lid 4 angstvallig mijdt. Wellicht heeft dit in onze casus te maken met een interessant punt dat advocaat-generaal Sharpston maakte. Zij wees op de relatie tussen de aanleg van nieuwe blauwgraslanden als voorwaarde voor de uitvoering van het wegverbredingsproject en de aanleg van die gebieden in het kader van het LIFE+-project.⁵⁰ Dit project moet 170 hectare habitat van het type (blauw)graslanden creëren in het grootste deel van het gebied (het Vlijmens Ven en de Moerputten).⁵¹ Saillant is dat hiervoor gedeeltelijke financiering van de Europese Unie is ontvangen.⁵² De advocaat-generaal beargumenteert overtuigend dat het LIFE+-project zodoende binnen het kader van de door artikel 6 lid 1 van die richtlijn vereiste instandhoudingsmaatregelen en beheersplannen valt. Aangezien artikel 6 lid 3 slechts betrekking heeft op plannen of projecten die 'niet direct verband [houden] met of nodig [zijn] voor het beheer van het gebied' kan dit project tenslotte niet tegelijkertijd onderdeel zijn van het plan of project zelf. Hetzelfde geldt wanneer een plan of project de procedure ondergaat van artikel 6 lid 4.⁵³

Compenserende maatregelen kunnen derhalve alleen in aanmerking worden genomen in het kader van artikel 6 lid 4 als zij specifiek ontworpen zijn voor het plan of project en geen deel uitmaken van een beheer- of instandhoudingsplan dat hoe dan ook zal worden uitgevoerd.

Het vervolg

Naar aanleiding van het verloop van de beroepsprocedure heeft de minister van Infrastructuur en Milieu besloten het Tracébesluit op twee punten van 'ondergeschikte aard' te wijzigen.⁵⁴ In overeenstemming met de staatssecretaris van Economische Zaken is inmiddels dit nieuwe Tracébesluit A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven vastgesteld. De belangrijkste wijziging vormt het schrappen van de beschermingsmaatregel ten behoeve van de Blauwgraslanden in het SBZ 'Vlijmens Ven, Moerputten & Bossche Broek' als formele mitigerende

maatregel; deze wordt nu opgenomen als 'vrijwillige natuurmaatregel'. De reden hiervoor is volgens de minister dat de maatregel blijkens de aanvulling op de passende beoordeling die is opgesteld niet nodig is om significante negatieve effecten op het Natura 2000-gebied te voorkomen.

Hoewel het gezien het hiervoor besproken LIFE+-project verstandig lijkt de voorgestelde aanleg van het nieuw blauwgrasland niet meer te presenteren als mitigerende óf compenserende maatregel was het juist geweest deze maatregel aan te duiden als een instandhoudingsmaatregel in de zin van artikel 6 lid 1.

Hetgeen daadwerkelijk opzien baart, is dat de minister de door het Hof van Justitie gewezen weg naar artikel 6 lid 4 doorkruist door opdracht te geven tot een nieuwe passende beoordeling in het kader van artikel 6 lid 3. Het zal wellicht minder opzien baren dat de nieuwe conclusie van de uitgevoerde aanvullende passende beoordeling als volgt luidt: de natuurlijke kenmerken van het gebied in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen worden door het project niet aangetast.⁵⁵

Het Hof van Justitie kwam eerder nog tot de conclusie dat het tracéproject Rijksweg A2 wel degelijk negatieve gevolgen heeft voor het bestaande areaal en voor de kwaliteit van het beschermde natuurlijke habitattypen 'blauwgraslanden' wegens de uitdroging en de verzuring van de bodem door stikstofdepositie.⁵⁶

De aanvullende passende beoordeling stelt onder meer dat de stikstofdepositie door het totale wegverkeer ter hoogte van de habitattypen structureel lager is in zowel het referentiejaar als in planjaren dan aanvankelijk berekend. De stikstofdepositie als gevolg van de wegverbreding zou eveneens structureel lager zijn. De lagere stikstofdepositie wordt verklaard door de toepassing van de nieuwste versie van het rekenmodel.⁵⁷ Toch blijft de feitelijke depositie ver boven de kritische depositiewaarden gelegen, ook nog in 2023.

Het rapport zal aan *peer review* moeten worden onderworpen om een voorspelling te kunnen doen over de houdbaarheid van dit herziene besluit. Het Hof van Justitie heeft hier in elk geval een duidelijk handleiding voor gegeven: op grond van het voorzorgbeginsel moet een plan of project worden geweigerd wanneer het Hof van Justitie nog niet de zekerheid heeft verkregen dat het plan of project geen effecten heeft die de natuurlijke kenmerken van dat gebied zullen aantasten. Leemten in het onderzoek worden niet getolereerd.

48. L. Krämer, 'The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive', *Journal of Environmental Law*, 2009, 21, p. 59.

49. Krämer 2009, p. 59.

50. Conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 47.

51. 'Blues in the Marshes – Habitat restoration & development for Scarce and Dusky Large Blue in the N2K area Vlijmens Ven, Moerputten and Bossche Broek' (LIFE11 NAT/NL/000770).

52. Conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 25.

53. Conclusie A-G Sharpston in *Briels*, punt 48.

54. Ministerie van Infrastructuur & Milieu, Kennisgeving Tracébesluit A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven (2014), beschikbaar op het internet via: www.platvormparticipatie.nl. Inspraak was mogelijk tot 14 augustus 2014.

55. Aanvulling Passende Beoordeling A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven 17 juni 2014, definitief rapport AD1208-105-100. Opgesteld in opdracht van Rijkswaterstaat Zuid-Holland door Royal Haskoning DHV.

56. *Briels*, punt 23.

57. Aanvulling Passende Beoordeling A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven 17 juni 2014, p. 46.